

Arrêt N° 36/17 IV-COM

Audience publique du premier mars deux mille dix-sept

Numéro 44296 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, première conseillère;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e

la société anonyme SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Guy Engel de Luxembourg du 22 novembre 2016,

comparant par Maître Hervé Michel, avocat à la Cour, demeurant à Howald,

e t

1) A.), docteur en pharmacie, demeurant à L-(...), (...),

2) la société anonyme SOC2.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimés aux fins du prédit acte Engel,

comparant par Maître Lydie Lorang, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par ordonnance du 21 octobre 2016, le magistrat ayant remplacé le vice-président présidant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière de concurrence déloyale, s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande introduite par la société anonyme **SOC1.)** contre **A.)**, s'est déclaré compétent pour connaître de la demande dirigée par la société **SOC1.)** contre la société **SOC2.)**, a déclaré cette demande non fondée, débouté la société requérante de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et condamné la requérante à payer à chaque défendeur une indemnité de procédure de 1.000 € et à supporter les frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 22 novembre 2016, la société **SOC1.)** a interjeté appel contre l'ordonnance qui lui a été signifiée le 7 novembre 2016. L'appel est recevable pour avoir été introduit dans le délai légal de 15 jours qui commence à courir le lendemain du jour de la signification.

Elle conclut, par réformation, à voir dire que le magistrat ayant siégé en matière de concurrence déloyale est compétent pour connaître de la demande en cessation dirigée contre **A.)**, faire interdiction aux intimés d'exploiter l'entreprise **SOC2.)** jusqu'au 13 janvier 2017, leur faire interdiction de débaucher du personnel de la société **SOC1.)**, enjoindre aux intimés de supprimer l'ensemble des annonces de recrutement publiées pour un certain nombre de postes à pourvoir au sein de la société **SOC2.)** sous peine d'une astreinte de 20.000 € par infraction constatée, enjoindre à **A.)**, pris en sa qualité d'actionnaire unique de la société **SOC2.)**, de tenir dans les huit jours de l'arrêt à intervenir, une assemblée générale extraordinaire aux fins de modifier l'objet social de la société **SOC2.)** et d'en exclure l'activité de l'exploitation d'un laboratoire d'analyse médicale, sous peine d'une astreinte de 20.000 € par jour de retard, se voir relever des condamnations prononcées à sa charge et les intimés se voir condamner à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 € et à supporter les frais et dépens des deux instances.

L'acte d'appel du 22 novembre 2016 contient assignation faite aux intimés de « constituer avocat à la Cour et de comparaître par ministère d'avocat à la Cour dans le délai qui est de quinze jours, outre les délais de distance devant la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, siégeant en matière commerciale ».

Les intimés concluent à la nullité de l'acte d'appel.

Ils renvoient à l'article 23 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 qui disposerait en son alinéa 2 que l'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 932 à 940

du NCPC, et plus spécifiquement à l'article 939 dernier alinéa du NCPC d'après lequel l'acte d'appel contient assignation à jour fixe.

Ils en concluent que les dispositions relatives au mode de comparution, par voie de constitution d'avocat, dans le délai prévu à cet effet par la loi ou à date fixe, relèvent de l'organisation judiciaire et sont d'ordre public, de sorte que leur violation constitue une nullité de fond étrangère aux dispositions de l'article 264 alinéa 2 du NCPC et a pour effet l'irrecevabilité de l'appel. Ils renvoient à un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2005 (P. 33,2) et un arrêt de la Cour d'appel du 26 octobre 2011 (numéro de rôle 37534).

L'appelante qui conclut au rejet du moyen fait valoir qu'étant donné que le magistrat de première instance a statué « comme en matière de référé » et au fond, la procédure d'appel à respecter serait celle applicable aux instances au fond devant la Cour d'appel, qui comportent obligation de constituer avocat à la Cour.

Discussion

Il convient d'abord d'apporter deux précisions par rapport aux développements des parties.

L'article 23 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 a été modifié par la loi du 8 avril 2011 portant introduction d'un Code de la consommation (Mémorial A n°69, 12 avril 2011).

La teneur initiale de l'article 23 disposait notamment que « l'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 932 à 940 du NCPC ». Aux termes de l'article 939 du NCPC, « l'acte d'appel contient assignation à jour fixe. L'appel est jugé d'urgence et selon la même procédure qu'en première instance ».

L'article 23 tel que modifié par la loi du 8 avril 2011 était de la teneur suivante : « L'action en cessation est introduite selon la procédure applicable devant le tribunal des référés. Le magistrat présidant la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale statue comme juge du fond. Le délai d'appel est de quinze jours ».

Les deux décisions judiciaires invoquées par les intimés à l'appui de l'exception de nullité de l'acte d'appel et plus particulièrement l'arrêt de la Cour d'appel du 26 octobre 2011a fait application du texte initial de l'article 23.

L'autre précision à apporter est que la loi modifiée du 30 juillet 2002 a été abrogée par celle du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative.

(Mémorial A, n° 267, 27 décembre 2016). Cette loi, faute de contenir des dispositions spécifiques quant à la date de son entrée en vigueur et publiée le 27 décembre 2016 est entrée en vigueur le 31 décembre 2016.

La loi du 23 décembre 2016 est restée de teneur identique à l'article 23 de la loi modifiée du 30 juillet 2002 tel que reformulé par la loi du 8 avril 2011 pour ce qui est de la procédure à suivre en première instance et en appel.

L'appel datant du 22 novembre 2016, il convient donc d'en apprécier la validité au regard de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2002 tel que modifié par la loi du 8 avril 2011.

Par arrêt 30/14 du 20 mars 2014 (n°3317), la Cour de Cassation a décidé, prenant ainsi le contre-pied de l'arrêt de cassation du 28 avril 2005 invoqué par les intimés, que l'irrégularité de l'acte de l'huissier de justice tenant à l'indication du mode de comparution de l'intimé constitue une nullité de forme qui doit être proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence (voir encore l'arrêt de la Cour de Cassation 35/09 du 28 mai 2009).

La discussion n'est donc pas tant celle de savoir si l'appelante a indiqué le mode de comparution exact, mais de rechercher, si nullité il devait y avoir, qui pour être formelle, tombe sous le régime de l'article 264 du NCPC, si l'éventuelle irrégularité a causé grief aux parties intimées.

Ces dernières n'ont pas fait état d'un grief et se sont présentées en temps et lieu utiles devant la Cour, de sorte que si irrégularité il devait y avoir eu, elle n'entraînerait pas la nullité de l'acte d'appel.

Le moyen de nullité de l'acte d'appel est donc à rejeter.

Il n'en reste pas moins qu'il appartient à la Cour de toiser la question du mode de comparution, dès lors qu'il influe sur la procédure à suivre devant la Cour d'appel.

La modification introduite par la loi du 8 avril 2011 a consisté notamment en la suppression de la référence aux articles 932-940 du NCPC, dont notamment à l'article 939 jadis applicable à la procédure à suivre devant la Cour d'appel.

Si donc le magistrat du premier degré est saisi « selon la procédure applicable devant le tribunal des référés » donc par assignation à jour fixe, le législateur en abolissant le renvoi à l'article 939 du NCPC qui prévoyait l'assignation à jour fixe et une procédure identique à celle de première instance a supprimé les

précisions quant au mode de saisine de la Cour d'appel et quant à la procédure subséquente y applicable.

La modification de la loi de 2002 sur le point concerné a été introduite par un amendement de la Commission de l'Énergie et de l'Économie qui l'a motivée ainsi (doc. parl. n° 5881A /5, rapport de la commission) :

Afin d'apporter une plus grande sécurité juridique en matière d'actions en cessation, la commission a précisé la procédure qui est d'application. Le libellé qu'elle a proposé correspond à la pratique judiciaire effective. Des amendements analogues se sont imposés à partir de l'article L. 320-1 de l'annexe du projet de loi.

Cette modification n'a fait l'objet d'aucun autre commentaire lors des travaux préparatoires de la loi du 8 avril 2011.

La Cour note que le texte a pourtant subi une modification essentielle en ce que les deux références à la procédure à suivre devant la Cour d'appel ont été abandonnées, que ce soit celle qui précise que la procédure à suivre devant la Cour d'appel est identique à celle de première instance ou celle relative au mode de comparution devant la Cour.

Contrairement au commentaire rappelé ci-dessus, cette modification ne correspond pas, à tout le moins en ce qui concerne le mode de comparution devant la Cour d'appel et la procédure à y respecter, à la « pratique judiciaire effective » jusque-là. La procédure applicable était exactement celle visée à l'article 939 NCPC auquel renvoyait l'article 23 dans sa version de 2002.

Il n'en reste pas moins que l'article 939 du NCPC est toujours en vigueur.

Cette disposition reste dès lors applicable pour tout appel dirigé contre les ordonnances de référé.

Se pose partant la question de savoir si le régime de l'appel d'une décision rendue sur la base de l'article 23 de la loi modifiée de 20 décembre 2002 est identique à celui d'une ordonnance de référé, auquel cas l'assignation à comparaître à jour fixe serait de rigueur.

Le commentaire ci-dessus rappelé peut faire penser que les auteurs de l'amendement qui disaient vouloir introduire « plus de sécurité juridique » et « entériner une pratique judiciaire » n'aient eu en vue que la procédure de première instance, mais que s'il visait en sus l'instance d'appel, ils n'aient pas voulu changer le régime en vigueur jusque-là. Cela supposerait encore qu'ils aient

considéré comme superflu le renvoi à l'article 939 du NCPC. Le commentaire par trop laconique ne permet cependant pas avec certitude d'arriver à cette conclusion.

Le fait pour l'article 23 de préciser que « l'action en cessation est introduite selon la procédure applicable devant le tribunal des référés » est relatif au mode de saisine du président du tribunal et renvoyait implicitement, mais nécessairement aux articles 934 à 938 du NCPC.

L'article 939 du NCPC, applicable aux appels dirigés contre les ordonnances de référé, auquel l'article 23 remanié en 2011 ne renvoyait plus dispose que le délai d'appel contre l'ordonnance prise par le juge des référés est de quinze jours et que l'acte d'appel contient assignation à jour fixe. L'appel est jugé d'urgence et selon la même procédure qu'en première instance.

Si dès lors le texte nouveau de l'article 23 issu de la loi du 8 avril 2011 ne mentionne plus que la durée de quinze jours endéans lequel l'appel est à interjeter, (contrairement au délai de droit commun de 40 jours), mais ne contient plus aucune précision ni quant au mode de comparution, ni quant à la procédure à suivre devant la Cour d'appel, il y a lieu d'en conclure que l'acte d'appel doit donner à l'intimé assignation à comparaître selon la procédure de droit commun applicable en instance d'appel, partant par la voie de la comparution dans la quinzaine par ministère d'avocat [article 585,2) du NCPC] et non plus par la voie dérogatoire au droit commun en vigueur jusqu'à la modification en 2011 de la teneur de l'article 23 de la loi de 2002.

Il découle de ce qui précède que c'est à bon droit que la société **SOC1.)** a requis les intimés de comparaître par ministère d'avocat à la Cour dans le délai de quinzaine de sorte que l'exception de nullité de l'acte d'appel est à rejeter.

Les autres volets ayant été réservés, il convient de renvoyer l'affaire devant le magistrat de la mise en état.

Les parties prendront également position quant à l'incidence éventuelle de l'abrogation de la loi modifiée du 20 décembre 2002 par celle du 23 décembre 2016.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière de concurrence déloyale, statuant contradictoirement,

dit l'appel recevable,

invite les parties à instruire le fond de l'affaire,

renvoie le dossier devant le magistrat de la mise en état.